

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/54139>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

# Rechtsplicht die tot rechtsweigeren dwingt. (Af)gewogen en te licht bevonden

In Nederland worden wetten in formele zin ingevolge artikel 81 Gw vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de erbij betrokken belangen (HR 21 maart 2003, *Nitraatrichtlijn-* of *Waterpakt-*arrest; *Ars Aequi Libri. Staats- en Bestuursrecht. Jurisprudentie 1849-2003*, 2003, 558-562; *NJ* 2003, 691; *JB* 2003, 120; *SEW* 2004, 232).

In de Europese rechtsorde treffen de lidstaten alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit het Verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de vervulling van haar taak, en onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag in gevaar kunnen brengen (artikel 10 EG). Deze *duty to help and not to hinder* richt zich volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, óók tot rechters (zaak 106/77, *Simmenthal*, *Jur.* 1978, 629, r.o. 16). Luidens artikel 249 EG zijn richtlijnen (ver)bindend ten aanzien van het te bereiken resultaat, doch wordt aan de nationale instanties keuze gelaten qua vorm en middelen. Als *lex specialis* van artikel 10 EG, geldt deze 249-verplichting 'voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de Lid-Statens en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties' (zaak 14/83, *Von Colson en Kamann*, *Jur.* 1984, 1891, r.o. 26). Op de nationale rechter rust m.a.w. een belangrijke (resultaats)verplichting: het verzekeren van de rechten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontlelen. Dit vereiste van rechtstreekse bescherming van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten beantwoordt aan een dubbele doelstelling, namelijk doeltreffendheid van de bescherming en, bijgevolg, doeltreffendheid van de rechtsregel zelf (Köbler-conclusie A-G Lenz, *Jur.* 2003, I-10243, punt 58).

Het gaat er dus om een *effectieve, doeltreffende* rechtsbescherming te bieden, die desgevallend in de plaats komt van de daaromtrent heersende, nationale, denkbeelden. Een nationale regel die een rechter belet voorlopige maatregelen te gelasten tegen de overheid (i.c. de Britse Kroon) moet dan ook buiten toepassing blijven (zaak C-213/89, *Factortame*, *Jur.* 1990, I-2433, r.o. 21). Dit geldt evenzeer voor een nationale (grondwettelijke) regel die er zich tegen verzet dat de rechter in een procedure waarin komt vast te staan dat de Staat in strijd met artikel 249 EG heeft nagelaten binnen de omzettingstermijn het nodige te doen om een richtlijn om te zetten, een bevel richt tot de Staat (formele of materiële) wetgeving tot stand te brengen. Het kan dan

wel zo zijn dat de nationale rechter daartoe in het Nederlandse staatsbestel de bevoegdheid mist (Hof 's-Gravenhage, *Nitraatrichtlijn-* of *Waterpakt-*arrest 2 augustus 2001), en dat de belangenafweging tussen nationale en Europese rechtsplicht naar Nederlands recht *recta linea* naar artikel 81 Gw leidt én daarop afketst, omdat – althans volgens de Hoge Raad – ook in geval van omzettingplicht ex artikel 249 EG, de vraag of wetgeving tot stand moet worden gebracht en zo ja welke inhoud deze moet hebben, nog steeds noopt tot een afweging van vele belangen, ook van niet bij de procedure betrokken partijen, en een politieke beoordeling vergt, waarin de rechter niet kan treden (*Nitraatrichtlijn-* of *Waterpakt-*arrest).

Dit neemt niet weg dat de Nederlandse rechter – die net als alle overige nationale rechters op het raakvlak van verschillende rechtssystemen een belangrijke bijdrage levert aan de daadwerkelijke toepassing van het gemeenschapsrecht en, uiteindelijk, aan het Europese integratieproces (Köbler-conclusie A-G Lenz, punt 53) – hierdoor in wezen tot Europese rechtsweigeren wordt gedwongen. Het nationale recht verplicht hem immers niet enkel te verzaken aan zijn rol van scheidsrechter tussen – nationale en communautaire – rechtssystemen en die van natuurlijke beschermer van de rechten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontlelen (ibidem); een tweede rechtstreekse gevolg is dat hij noodgedwongen een Europese Francovich-Köbler-aansprakelijkheid over zich afroept.

De Francovich-overheidsaansprakelijkheid (gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, I-5357), is inherent aan het systeem van het Verdrag, geldt voor alle gevallen van schending van het gemeenschapsrecht – en in ieder geval wanneer geen enkele uitvoeringsmaatregel ter verwezenlijking van het door een richtlijn voorgeschreven resultaat binnen de daartoe gestelde termijn is genomen (gevoegde zaken C-178, 188-190/94, *Dillenkofer*, *Jur.* 1996, I-4845, r.o. 29) – en vormt een even fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht als dat van de voorrang van het gemeenschapsrecht of van de rechtstreekse werking (Köbler-conclusie A-G Lenz, punt 35), omdat zij zonder meer samenhangt met het fundamentele vereiste van de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht (idem, punt 43). Dit betekent niet enkel dat dwingende Europese regels vanaf hun inwerkingtreding en tijdens hun gehele geldingsduur hun volle werking in alle lidstaten moeten ontplooiën (*Simmenthal*, r.o. 14), maar óók dat de naleving ervan niet afhankelijk kan zijn van nationale regels inzake de verdeling van de bevoegdheden tussen de constitutionele machten (gevoegde zaken C-46 en 48/93, *Brasserie du Pêcheur en Factortame III*, *Jur.* 1996, I-1029, r.o. 33).

Dit is in wezen niet nieuw of bijzonder: ook in de internationale rechtsorde wordt de staat, wanneer hij aansprakelijk is wegens de schending van een internationale verplichting, in zijn geheel beschouwd, ongeacht of de schending die tot de schade heeft geleid, aan de wetgevende, de rechterlijke of de uitvoerende macht is toe te rekenen (het zgn. beginsel van de eenheid van de staat); in de communautaire rechtsorde geldt dit evenwel des te meer, omdat alle organen van de staat bij de vervulling van hun opdrachten de regels dienen te eerbiedigen die door het gemeenschapsrecht zijn opgelegd en die rechtstreeks gevolgen kunnen hebben voor de situatie van de particulieren (zaak C-224/01, *Köbler*, *Jur.* 2003, I-10239, r.o. 32, en artikel 10 EG). De Francovich-Köbler-aansprakelijkheid geldt met andere woorden óók voor schade veroorzaakt door een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie (*Köbler*, r.o. 36). Gezien de essentiële rol van de rechterlijke macht bij de bescherming van de rechten die particulieren aan communautaire voorschriften ontlelen, zou de volle werking ervan in gevaar komen en zou de bescherming van de daarin toegekende rechten worden verzwakt, indien het uitgesloten zou zijn dat particulieren onder bepaalde voorwaarden schadevergoeding kunnen krijgen indien zij in hun rechten zijn geschaad door een schending van het gemeenschapsrecht die kan worden toegerekend aan een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie van een lidstaat (*Köbler*, r.o. 33).

In overeenstemming met het beginsel van institutionele soevereiniteit (*Köbler*-conclusie A-G Lenz, punt 162), is naar Nederlands recht de Hoge Raad – finaal – bevoegd om van een Francovich-Köbler-aansprakelijkheidszaak kennis te nemen. Dit leidt er enigszins paradoxaal toe, dat de Hoge Raad desgevallend moet beslissen over schade die hijzelf heeft veroorzaakt. Om een aantasting van zijn autoriteit gaat het evenwel niet; het Hof van Justitie stelde in dit verband vast, dat het bestaan van een beroepsweg waarmee onder bepaalde voorwaarden vergoeding van de schadelijke gevolgen van een onjuiste rechterlijke beslissing kan worden verkregen, evenzeer kan worden geacht de kwaliteit van een rechtsorde en derhalve ook de autoriteit van de rechterlijke macht te versterken (*Köbler*, r.o. 43). Ook is de Hoge Raad is hierdoor niet tegelijkertijd rechter en partij. De erkenning van het beginsel van staatsaansprakelijkheid voor beslissingen van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie heeft immers op zich niet tot gevolg dat het – in beginsel relatief (*Köbler*-conclusie A-G Lenz, punt 101) – gezag van gewijsde van dergelijke beslissingen wordt aangetast (*Köbler*, r.o. 39). Een schadevergoedingsactie leidt immers desgevallend *enkel* tot de veroordeling van de staat om de geleden schade te vergoeden, niet noodzakelijkerwijze tot de opheffing van het gezag van gewijsde c.q. de herziening van de rechterlijke beslissing die de schade heeft veroorzaakt (*ibidem*, r.o. 39).

Bij dit alles geldt de verzekering van de volle werking (*effet utile*) van het gemeenschapsrecht (wel) als minimumeis, wat maakt dat de lidstaten in elk geval een

effectieve bescherming van de aan de communautaire rechtsorde ontleende individuele rechten moeten verzekeren (*Köbler*, r.o. 47). Nu – in wezen naar analogie met de verplichting van artikel 233 EG voor inbreukmakende c.q. nalatige Europese instellingen – artikel 10 EG de lidstaten verplicht de onwettige gevolgen van een schending van het gemeenschapsrecht ongedaan te maken (*Francovich*, r.o. 36), is de vraag dan ook hoe een door de Hoge Raad vastgestelde schending van artikel 249 EG kan worden ongedaan gemaakt c.q. de daaruit voortvloeiende schade kan worden vergoed. Globaal gesproken wordt schade in natura dan wel op equivalente wijze vergoed. Daarbij vormt het rechtsherstel wat het patrimoniale aspect betreft slechts een minimumoplossing, die niet het niveau bereikt van een volledig, materieel, rechtsherstel, dat een optimale rechtsbescherming garandeert (Brasserie du Pêcheur en Factortame III-conclusie A-G Tesaro, punt 34). Er gaat immers niets boven een substantiële, rechtstreekse en onmiddellijke bescherming van de rechten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontlelen (*Köbler*-conclusie A-G Lenz, punt 39).

Voor een artikel 249-schadegeval als aan de orde in het *Nitraatrichtlijn*arrest betekent vergoeding in natura: de alsnog uitvaardiging van passende wetgeving én de vergoeding van de bewezen schade. Artikel 81 Gw kan aan deze artikel 10 j° 249 EG-verplichting voor de wetgever geen afbreuk doen, en kan de rechter m.i. evenmin verbieden de meest geëigende in-natura-herstelweg met zoveel woorden aan te wijzen. Men kan, inderdaad, ‘toch werkelijk niet beweren dat, indien onomstotelijk vaststaat dat de Staat verplicht is een Richtlijn vóór een bepaalde datum te implementeren, de rechter in het politieke primaat van de wetgever treedt, door de Staat het bevel te geven om althans nu een aanvang met die implementatie te maken’ (A.J. Bok, ‘Onrechtmatige wetgeving, revisited. Over toetsing van geschreven aan ongeschreven recht en rechterlijke bevelen tot wetgeving’, in: L.E. de Groot, A.M. Van den Bossche, Y. Buruma (red.), *De ongehoorzame rechter*, Deventer: Kluwer 2006, p. 91-118, 111). Het – enkel – toekennen van een zak geld aan de gelaedeerden (de equivalente vergoeding) is weliswaar een optie, indien en voor zover deze adequaat is ten opzichte van de geleden schade, zodat de daadwerkelijke bescherming van de rechten van de benadeelde particulieren is verzekerd (gevoegde zaken C-94 en 95/95, *Bonifaci*, *Jur.* 1997, I-3969, r.o. 49), doch leidt in Waterpakt-achtige gevallen niet tot een substantiële, rechtstreekse en onmiddellijke *wettelijke* rechtsbescherming, en brengt – meer nog – als zodanig *gerechtelijke* artikel 10 EG-schade toe.

Voor een artikel 10-schadegeval *als gevolg van* het *Nitraatrichtlijn*arrest, moet de Hoge Raad in een Köbler-aansprakelijkheidsactie omtrent de schade voortvloeiend uit naleving c.q. eerbiediging van artikel 81 Gw, rekening houden met de volgende (minimale) communautaire voorwaarden: de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de schending opzettelijk is begaan, de al dan

niet verschoonbaarheid van de rechtsdwaling, het eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt en de schending door de betrokken rechter van zijn verplichting om op grond van artikel 234, derde alinea, EG, een prejudiciële vraag te stellen (*Köbler*, r.o. 55). Daarbij is in ieder geval een schending van het gemeenschapsrecht voldoende gekwalificeerd, wanneer het gemeenschapsrecht de nationale wetgever op een door het gemeenschapsrecht geregeld gebied resultaatsverplichtingen of gedragsverplichtingen (zoals de omzetting van een richtlijn binnen een bepaalde termijn) oplegt (*Köbler*-conclusie A-G Lenz, punt 132) en/of wanneer 's Hofs rechtspraak op het gebied bij het nemen van de betrokken beslissing kennelijk is miskend (*Köbler*, r.o. 56, onder verwijzing naar *Brasserie du Pêcheur en Factortame III*, r.o. 57).

Dat lidstaten de nodige maatregelen moeten treffen om richtlijnen tijdig om te zetten in nationaal recht, vloeit zoals hoger aangegeven rechtstreeks voort uit artikel 249 EG; niet-omzetting vormt, zoals hoger eveneens aangegeven, zonder meer een voldoende gekwalificeerde schending van gemeenschapsrechtelijke verplichtingen in Francovich-zin. Noch de verplichting van de nationale rechter om de volle werking van bepalingen van richtlijnen te verzekeren door elke strijdige bepaling buiten beschouwing te laten, noch een antwoord van een minister op een parlementaire vraag waarin aan deze verplichting wordt herinnerd, kan hierin wijziging brengen (zaak C-197/96, *Commissie vs. Frankrijk*, *Jur.* 1997, I-1489, r.o. 16. Ten onrechte anders, HR 21 maart 2003, 3.5). Aan een dergelijke 249-schending-vaststelling géén artikel 10 EG-bevel (mogen) koppelen op grond van nationaal (grondwettelijk) recht, miskent 's Hofs rechtspraak, en leidt dus recta linea tot Köbler-aansprakelijkheid. Mét of zonder (doede) Grondwet.